Abyn. 38



POR BALTASAR TVBI.

EN EL PLEYTO.

CON

FRANCISCO PORETO, y doña Beatriz de Valençuela, viuda de Iuan Brauo de Laguna, y D. Christoual Brauo de Laguna, y demas sus hijos, todos vezinos de la ciudad de Cadiz.

Impresso en Granada, En la Imprenta Real, Por Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 166

N. 1. ESEANDO Librar de las manos de sus Acreedores (hasta que reduzido à mejor fortuna pudiesse satisfacerles sus creditos, como lo hizo) Baltasar Tubi sus casas proprias, como la joya mas inestimable, y el refugio comun, *vt insinuat* Imperator. Constantin. in satis nota *l. lex quæ tutores, §. nec verò, C. de administr. tutor.* & elegantèr Cicer. *in Oration. pro domo sua ad Pōtific.* ibi: *Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quā domus vniuscuiusque ciuiū hic aræ sunt, hic foci, hic Dij Penates, hic sacra religionis cæremoniæ cōtinentur, hoc perfugiū est ita sanctum omnibus, vt inde abripi neminem fas sit.* Otorgō escritura de venta en confiança al dicho Iuan Bravo de Laguna, cuya fidelidad parece tenia experimentada, y este le hizo para mayor seguridad cedula de resguardo, y el mismo dia que se otorgò la escritura de venta, assimismo otra de arrendamiento al mismo Baltasar Tubi de las casas que vendia.

2 ¶ Sucediò todo lo referido por el año passado de 636. y muriò Iuan Brauo de Laguna por el de 44. sin que de los ocho años que Baltasar Tubi auia viuido en sus casas, le huviesse pagado vn solo marauedi, ni êl pedidoselo, ni declarado cosa alguna en razon desto: caminauan con la verdad; claro està, que para ellos, ni Laguna era acreedor, ni reo debendi Tubi.

3 ¶ Continuaron la muger, y hijos de Laguna esta buena fee otros ocho años, no tuvieron mas perseuerancia, y el de 652. oluidados de tan justa correspondencia, executaron a Tubi por los corridos destas casas, presentando los instrumentos.

4 ¶ Defendiose, hizo prouanças de la simulacion de la venta, y aunque la vezindad de los contractos deste, y el arrendamiento la acreditauan, *ex l. post contractum,* vbi Bart. *ff. de donation. l. 5. §. conuentionales,* ibi: *Pendente ex negotio contracto, l.*

Titia,

Titia,§.idem respondit, ff.de verb. obligation. D. Valenç.*cons.*181.*num.* 38. Noguer. *allegat.* 10. *num.*40.

5 ¶ Y tan dilatado silencio no podia proceder de otra cosa, ex vulgar.iur. *l.si forte,ff.de pœn. cap.*1*.de frig.& maleficiat,*Hippolyt.*cons.*82.*nu.* 47.*& cons.*111.*num.*8.*& *9.*& cons.*117.*nu.*45. Flor.Diaz de Mena *decis.*143.Farin.*in praxi, p.* 1. *quæst.*46.*num.*103.

6 ¶ No pudiendo presentar entonces Tubi la cedula del resguardo, que su mucha seguridad, y confiança deuia de auer oluidado: con lo qual, como la via executiua se ciñe á tan precissas, y coartadas excepciones, *ex l.*1.*&* 2.*tit.*21.*lib.*4.*Recopil.* fue condenado en aquel juyzio; pero tan bien vistas sus defensas, que se le reservaron, para que en juyzio ordinario las propusiesse.

7 ¶ En el qual, recociendo los hijos, y muger de Laguna, que era precisso obtuviesse, hizierõ quanto alcançô la diligencia, enagenãdo las dichas casas, por escritura de venta que otorgaron luego q̃ vencieron a Tubi en la via executiua, á fauor de Frãcisco Poreto, y su muger, en precio de 2ɉ600.ducados, y demas de la clausula ordinaria de eviccion en semejantes contractos, la desconfiança, y mala fee del comprador les hizo que se obligassen a boluerle de mas del precio, siempre que se las quitassen: *Todo lo que huuiesse labrado, reparado, y acrecentado, assien obras vtiles, forçosas, y necessarias, como de las voluntarias, costas, gastos, daños, é intereses que se le siguieren.*

8 ¶ En virtud de su reserua, luego incontinenti puso Baltasar Tubi demanda de reiuindicaciõ a la muger, y hijos de Laguna, y al dicho Francisco Poreto, nuevo comprador, alegando las razones de simulacion del primero contracto, y pidiendo por vn otro si: *Que atento era venido a su noticia, que el dicho Francisco Poreto trataua de labrar las dichas casas, y mudar su forma, y hazer reparos, por impossibilitarlo mas de la accion intentada, se le noti-*

tifi-

tificasse, no labrasse en las dichas casas, ni mudasse su forma.

9 ¶ A que se proveyó auto, en que se le mandò *al dicho Francisco Poreto no labrasse, y que si alguna razon tuviesse para hazerlo la diesse*, el qual se le notificò en persona en 16. de Noviembre de 654.

10 ¶ Francisco Poreto contestò esta demanda, alegando, que auia comprado estas casas de los herederos de Iuan Bravo, que como verdaderos dueños se las auian vendido cõ buena fee, y que auiã tenido carta executoria contra el dicho Tubi, y que assi las podia labrar, y reedificar; y que pendiente el juyzio ordinario no se le auia de estorvar q̃ hiziesse *los reparos necessarios en orden a su conservacion.*

11 ¶ Insistiò Baltasar Tubi en que las casas no necessitauan de reparos, y que el animo solo era de pretender despues retencion por ellos, para impossibilitarle por este medio siẽdo pobre (es verdad que lo era de solemnidad, y como tal litigaua) y pidiò, que los albañiles no prosiguiessen.

12 ¶ En 14. de Enero de 655. el Iuez proueyò otro auto, para que se notificasse a los Maestros no prosiguiessen, pena de prision, y se notificô a los susodichos.

13 ¶ El dicho Francisco Poreto pidiò, que se prosiguiesse la obra por ser precissa, y que los Alarifes declarassen los reparos que eran necessarios a las dichas casas.

14 ¶ Y en 13. de Mayo de 655. declararõ los Alarifes, que necessitauan las dichas casas de algunas puertas, ventanas, vigas, y solar los suelos.

15 ¶ En 17. de Março el Iuez diõ licencia *para que se hiziesse la obra, en conformidad de la declaracion de los Alarifes, teniendo la cuenta, y razon que conuiniesse.*

16 ¶ Y en este estado el dicho Baltasar Tubi se presentò en esta Corte, afirmandose en su demanda, diziendo, que por ser personas poderosas D. Christoual Brauo de Laguna, y los demas sus hermanos,

manos, hijos de doña Beatriz de Valençuela, y Iuã Brauo de Laguna, difunto, y Regidor de la dicha ciudad, no podia conſeguir ſu juſticia; por lo qual ſe mandò, que ſe fueſſe ſiguiendo en eſta Corte, y auiendo emplazado a los ſuſodichos, y al dicho Franciſco Poreto; conteſtaron dicha demanda, y ſe fue ſuſtanciando el pleyto, haſta que por ſentencias de viſta, y reuiſta ſe condenò a los ſuſodichos en preſencia, y al dicho Franciſco Poreto en ſu rebeldia à la reſtitucion de dichas caſas, con las rentas deſde el dia del deſpojo, de que ſe deſpachô carta executoria al dicho Baltaſar Tubi.

17 ❡ En cuya virtud tratô de tomar poſſeſsion de ſus caſas, la qual contradixo Franciſco Poreto, pretendiendo retencion por las mejoras q̃ auia hecho, que dixo importauan 6ʒ. ducados, y q̃ para ellas ſe le auia dado licencia.

18 ❡ Replicô Baltaſar Tubi, alegando, q̃ no podia embarazar el cumplimiento de la carta executoria eſta excepcion, porque èl auia apelado del auto en que ſe auia concedido licencia â Poreto; a demas, que las mejoras no auian ſido neceſſarias, ſi no voluntarias, con fraude, y dolo para impedirle.

19 ❡ Hizoſe aprecio con diſtincion de gaſtos, y reparos, aunque lo contradixo Tubi, y importaron, ſegun la declaracion de Alarifes 6ʒ939. reales.

20 ❡ Sin embargo de las inſtancias de Tubi, no ſe daua cumplimiento a la carta executoria, con que ſe querellô en eſta Corte, y ganô prouiſiõ ſobre carta de la executoria, para que ſe le dieſſe la poſſeſsion: y que ſi Franciſco Poreto tuvieſſe que pedir, lo pidieſſe en la Sala.

21 ❡ Y ſin embargo de las contradiciones de Poreto, ſe mandò executar, y que quedaſſen embargadas las cantidades de los alquileres para ſeguridad de los reparos.

22 ❡ Con eſto entre todos tres litigantes, Poreto, Tubi, y Laguna, ſe ha ſeguido pleyto, pre-

tendiendo Poreto, que Tubi le ha de pagar todas las mejoras, por auerlas hecho como dueño verdadero con buena fee, y en virtud de auto de la justicia, y que quando esto lugar no aya, le ha de pagar las necessarias, y Laguna las voluntarias, mediante la clausula de euiccion.

23 ¶ Tubi alega, que no ha de pagar vnas, ni otras, porque la casa no necessitaua de ellas, y que todas se obraron con dolo, y fraude, por impossibilitarle, y que del auto en que se permitieron las precissas apelò, y no deuiô executarse.

24 ¶ Laguna reconuenido por la clausula de euiccion, dize, que no ha de pagar ningunas, porque aquella clausula, siempre se ha de entender en terminos habiles, y que auiẽdo sido Poreto amonestado, y preuenido por el Iuez, y parte, para que no labrasse mas que lo precisso, se priuô de los efectos que podia produzir a su fauor: y vltimamente en fuerça de equidad dizen sus Abogados, que quãdo se considerassen algunas mejoras vtiles, es justo que las pague Tubi, por hallarse vtilizado.

25 ¶ Con esto se recibiô el pleyto a prueua, y hechas prouanças, y concluso, la sentencia de vista condenô a Francisco Tubi, a que dentro de 9. dias pagasse a el dicho Francisco Poreto 8U. reales de vellon, y que estos se pagassen de la cantidad depositada de los alquileres de las dichas casas, si huuiere bastante para ello; y si no las cumpliesse Tubi, y si huviera mas los tomasse para si; y estos 8U. reales, por las obras necessarias que hizo en ellas, y que los dichos doña Beatriz de Valençuela, y sus hijos pagassen 30U. reales por las obras nuevas, y voluntarias a el dicho Francisco Poreto.

26 ¶ De esta sentẽcia los que principalmẽte se pretenden agrauiados, es doña Beatriz de Valençuela, y sus hijos; y han pedido se reuoque, y ser absueltos.

27 ¶ Tambien Francisco Poreto aun no està contento, y todavia pretende, que las condenaciones han de ser mayores, insistiendo vnas veces

zes en que se las ha de pagar Baltasar Tubi, como vtilizado, y otras los herederos, y muger de Laguna, en virtud de la clausula de euiccion (a ambos caminos parece que cerrô la puerta con su ambicioso, y azelerado proceder.)

28 ¶ Baltasar Tubi se quexa menos, si biē insiste en que la sentencia de vista se enmiende en lo que puede ser en su perjuyzio.

29 ¶ Esto es lo que breuemente parece q̄ basta del pleyto para fundar su justicia, la qual reduziremos à breues conclusiones juridicas, pretendiē do excluir las pretensiones de Poreto, y Laguna, y dando satisfacion a los discursos de sus Abogados, dexar assegurada la pretension de Baltasar Tubi.

30 ¶ Tres generos de mejoras conociò el Derecho, vt ait Paul. Iureconsult. *in l. impensæ, de verb. sign. ff.* vnas necessarias, sin las quales precissamente pereciera la cosa, ò se deteriorara; otras vtiles, que son aquellas que hazē mejor la cosa, y otras voluptuarias, que son las que la adornan, y hermosean, y exemplificandolas, sic ait: *Impensæ necessariæ sunt, quæ si factæ non sint res, aut peritura, aut deterior futura sit. Vtiles impensas esse, Fulcinius ait, quæ meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus redditus mulieri adquiratur, sicuti arbusti pastinatione, vltraque necesse fuerat item doctrinam puerorum, quorum nomine onerari mulierem ignorantem, vel inuitam non oportet, ne cogatur fundo, aut mancipijs carere. In his impensis, & pristinum, & horreum insulæ dotali adiectum plerūque dicemus. Voluptariæ sunt, quæ speciem dumtaxat ornant, non etiam fructum augent: vt sunt viridia, & aquæ salientes, incustrationes, loricationes, picturæ.*

31 ¶ Poco variò deste mismo sentir Vlpian. *in l. 1. & aliquibus sequentibus, ff. de impensis in res dotales factis.*

32 ¶ Y el señor Rey don Alonso en la *ley* 41. con las siguientes, y especialmente en la 44. *tit.* 28. *part.* 3. & *l.* 32. *tit.* 11. *part.* 4.

Con

33 ¶ Con esta misma distincion juridica caminan los Autores, & vltra ordinarios videndi sunt Iuan Garcia *de expensis, cap. 2. & 6. per totũ, & etiam cap. 20.* Petra *de fideicommissis, quæst. 15.* Alvar. Valasc. *de iur. emphyteut. quæst. 25.* Gratian. *cap. 193.* Peregrin. *art. 50.* Ant. Amat. *resolut. 14. per totam, & resolut. 44.* Hermos. *ad l. 9. tit. 2. part. 5. gloss. 3.* Dom. Castill. *de vsufructu, cap. 57.* Dom. Salgad. *in labyrinto, 1. part. cap. 11. à num. 56. cum plurimis sequentibus, & etiam in §. 1. eiusdem cap.* Ciriac. *controuers. 83.* & nouissimè Ant. Nigro *de except. rei iudicatæ, cap. 8.* per varios §§. varias disputando questiones.

34 ¶ Que pueda repetir las expensas necessarias el posseedor de buena, ò mala fee, parece que pruevan los textos *in l. si à domino, §. fin. ff.* de *petit. heredit.* ibi: *Fructus intelliguntur deductis impensis, quæ quærendorum cogendorum, conseruandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solũ in bonæ fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verumetiam in prædonibus: sicut Sabino quoque placuit: l. fundus qui dotis, ff. famil. herciscũd.* ibi: *Quia nullus casus interuenire potest, qui hoc genus deductionis impediat: l. fructus, ff. soluto matrim. l. in insulam, § fructus, ff. eodẽ, l. si quis sciẽs, C. de rei uindicat. l. 41. cum. sequentib. & melius in l. 44. tit. 28. part. 3.* ibi: *Despensas fazẽ los omes en las casas, en las heredades agenas que tienen nõ faziendo, y de nueuo alguna cosa mas refaziendo, ò enderezando los edificios en los lugares do es menester; en tal caso, como este dezimos, que aquel que las despensas fiziere que sean menester de fazerlas, que las deue, y las puede cobrar de mientra que fuere tenedor de la casa, ò de la heredad en que las fizo, quier aya buena fee, quier mala en teniendola.*

35 ¶ Por estos textos, y principios lleuan los Autores que dexamos referidos, que a qualquiera posseedor de buena, ò mala fee, deuen satisfacerse estos gastos, y expensas necessarias.

36 ¶ Y sin embargo, que parece dureza

opo-

oponerse a ello, attamen con las circunstancias que inciden en el caso, parece que se priuò Francisco Poreto de poder repetirlas.

36 ¶ Lo primero, porque para esta repeticion parecen precissos dos extremos. El primero, que *dominus illa melioramenta esset facturus.* Y el segundo, que *sine illis res penitus futura esset inutilis, vel periisset.* Y en esta conformidad declarã la *ley domum, C. de reiuindicat.* y los demàs textos concordantes, Cino, y Salicet. in fin. & Bartol. *in l. infundo 79 ff. eodem*, Alciat. *in l. impensæ 79. ff. de verb. signif. num. 2.* Menoch. *de recuperanda possession. remedio 15. num. 514.* Iosephus Ludouis. *decis. Perusin. 34. num. 18.* Escrader. *de feudis, 2. p. 9. partis, sect. 2. num. 81. in princip.* Rebel. *de obligat. iustit. lib. 7. quæst. 2. num. 7.* vbi plures refert Carroz. *de locato, cap. de expensis, num. 31.* Surd. *de aliment. tit. 6. quæst. 6. num. 14.* Rip. *in l. vbi pure, ff. ad Trebel. nu. 2.* Tusco *conclus. 180. melioram. num. 18. quæst. 55.* Roland. à Vall. *cons. 58. àn. 12.* Barbos. *in l. diuortio, § fin. ff. solut. matrim.* Ant. Nigr. qui omnes refert *in dict. cap. 8. §. 10.*

37 ¶ Y ajustados estos dos extremos a el caso del pleyto, se reconoce que ambos faltan, porque Baltasar Tubi no auia de hazer estos reparos, ò mejoras, mediante su mucha necessidad, y pobreza, ni las casas necessitauan precissamente dellas, quod vtrumque probatur ex litis seriè.

38 ¶ La necessidad, pobreza, y renuencia, de que semejantes gastos se hiziessen, por las mismas peticiones en que las està resistiendo, y manifestando, que sus casas no necessitan dellas, cõque no solo se quedò en terminos de posseedor de mala fee Francisco Poreto, por la demanda, y litis contestacion, si no es por esta nueua circunstancia de requerirle que no las hiziesse (que serà otro medio de que nos valdremos despues.)

39 ¶ El no ser precisos estos reparos en las casas para que no pereciessen, se verifica de la misma declaracion de los Alarifes, donde solamente

dizen, que las casas necessitan de solarse los suelos altos de las salas, aderezar algunas puertas de ventanas, y que los canes sobre que estauan las vigas estauan cansados, y otras cosas a esse mismo tenor. Todas las quales no manifiestan, ni induzen, que las casas no pudiessen passar sin ellas, ni peligrassen.

40 ¶ Y aunque pudieramos para mayor apoyo deste discurso ponderar los textos *in l. ex argento, ff. de condit. furtiua, & l. 1. C. de infantibus expositis*, en que se priua al posseedor de mala fee de los gastos necessarios, auiendo visto las respuestas de Sarmiento *lib. 1. selectar. cap. 10. num. 5. & 11.* Menoch. *remed. 15. recuperand. possess. n. 515.* Dom. Salgad. *in dict. cap. 11. à num. 56.* Couarr. Rebell. & alij, & etiam Anton. Fabr. *in suis rationalibus*, quos adducit Nigr. *in dict. cap. 10. nu. 8.* la escusamos, pareciendonos, que las circunstancias que inciden en el caso nos escusan.

41 ¶ El segundo, porque todas las vezes que se denunciò al posseedor, cum quo lis iam erat cępta, que no hiziesse semejantes reparos, aunque sean necessarios, no puede repetirlos, ita docent Boer. *decis. 44. num. 3. & 7.* Rodoan. *de rebus Eccles. non alienand. quæst. 13. tit. malæ fidei præscriptio vnde oriatur.* Gabr. *cons. 157. num. 3. vers. Et consequenter*, quos refert, & sequitur Statil. Pacifi. *de Saluian. interdict. inspect. 2. cap. 2. num. 234.*

42 ¶ Siquidem, la razon juridica de que a los posseedores de mala fee se hagan buenos estos gastos, y mejoras, parece resulta de que si no las hazen, tenentur ad damnum, y pueden ser reconuenidos por el dueño, vt eleganter textus *in l. ei qui 54. ff. de hæredit. petit.* ibi: *Cum prædia vrbana, & rustica negligentia possessorum peiora sint facta, veluti quia vinea pomaria horti extra consuetudinem patris familias defuncti culta sint: litis æstimationem earum rerum quanto peiores sint factæ possessores pati debent.* Et ibidem Bart. *in summar.* ibi: *Malæ fidei possessor tenetur ad quantum prædia ex negligentia facta sunt deteriora.* Et vltra

Bart.

Bart. idem tenet gloss. *in dict. §. cum prædia, lit. P.* verbo, *Possessorum, scilicet malæ fidei.*

43 ¶ Y por esto se les concede este remedio, pues no fuera justo que estuuieran sugetos a ser reconuenidos por omissos, y negligentes, y que perdiessen por cuydadosos, y solicitos, vt infertur ex Vlpian. *respons. in l. si fideiussor 7. §. necessaria, ff. qui satisd. cogant.* adductus à Rebell. vbi supra, *num. 7.* in fin.

44 ¶ Y si el mismo Baltasar Tubi, que es quien pudiera despues reconvenir a Poreto, está resistiendo el que se hagan estos gastos por vno, y otro pedimiento, hasta apelar de el auto en que se le diô licencia para que hiziesse los necessarios, bien claro se reconoce que no pudiera despues acusar su omission, y que por esto contra su mismo sentir, y en continuacion de su deseo, que siempre fue de imposibilitar lo que quiso obrar.

45 ¶ Y aunque a estos dos medios se podrâ oponer Francisco Poreto, diziendo, que despues de la contradicion de Baltasar Tubi, pareciò ante la justicia, y por peticion que presentò insistiò en que no se podia prohibir que hiziesse las mejoras necessarias (de que nos valdremos despues para convencerlo en las vtiles que pretende) todauia habemus intentum; por que la permission que se le diô para estos reparos precissos, y necessarios, fue con calidad, *de que tuuiesse cuenta, y razon con ellos*, como expressamente lo dize el auto en que se le permite: y auiendo omitido esta formalidad, faltando a ella, no puede intentar la repeticion, argument. *text. in l. ad rem mouilem, l. ad legatum, ff. de procuratorib. l. qui propria, §. qui alio, ff. eodem tit. l. 2. §. inspectio, ff. quemadmod. testamen. aperiant. l. 1. §. 1. ff. si vsusfructus petatur, l. denique, §. interdum, ff. de pecul. legat. l. legatis, ff. de aliment. legat. l. 2. ff. de iurisdict. omn. iudic.* cum similib.

46 ¶ Pues queriendo en fuerça deste auto repetirlas, es preciso que aya cumplido con su

for-

formalidad, pues de otra forma no se permitiò que las hiziesse, *l. si vnus, §. 1. ff. de pactis, l. Imperator, ff. de postulando*, Decius, *cons.* 328. *in princip.* Castrens. *cons.* 263. *num.* 3. *lib.* 2. Tiraquell. *de retractu linágier, §. 1. glos.* 23. *num.* 44. Petr. Ancharr. *cons.* 70. *num.* 8. & alij relati â Barbos. *axiom.* 46.

47 ¶ Y es buen texto para el caso la *ley final, § inter cætera, ff. de liberat. legat.* Del qual se puede inferir, que aun que Baltasar Tubi huviera contra lo dispuesto por este auto permitido virtualmente a Francisco Poreto que hiziesse estas mejoras, todauia estaua obligado a cumplir con su formalidad, quem textum expendit Escobar *de ratiocin. cap.* 10. *nu.* 15. ibi: *Quod legatum liberationis à reddēda ratione non facit, quem desinere teneri ad reddendum libros rationis.*

48 ¶ Y si esto passa considerando que Poreto obrasse en estos gastos con sinceridad de animo, y no con el que tuuo de imposibilitar a Baltasar Tubi, viendolo pobre, y desvalido; y que no se podrà negar, que se quede en terminos de duda el si se le deuā hazer buenos los 6ŋ. y tantos reales de los que se suponen necessarios, parece ocioso discurrir en los vtiles.

49 ¶ Pero para mas segura, y clara inteligencia de la distincion con que los DD. procedē en la materia, parece preciso (y sea segunda conclusion) referir en que conformidad ajustan quales seā mejoras necessarias, y quales vtiles, vltra â nobis tradita supra, para que como dixeron Bald. y Iass. ille *in l. pactum dotali, C. de collation. num.* 19. hic *in l. sciendū, ff. de verb. oblig. n.* 14. no pequemos en discurrir con generalidad en las cosas que por su naturaleza pueden parecer obscuras, ô dudosas.

50 ¶. Siquidem melioramenta necessaria sunt ea omnia, quæ Vlpian. & Paul. referunt in *l.* 1. *cum tribus seqq. & in l. impensæ* 14. *ff. de impensis in rebus dotalibus factis*: & etiam illa enumerata à Papiniano, & Pompon. *in l. diuortio, §.*

impen-

impendia, ff. solut. matrimon. l. si necessarias, ff. de pignorat. action. l. planè, §. plane, ff. de petit. hæredit. l. vtiles, ff. eodem.

51 ¶ Demas de las quales añadieron à paritate rationis, otras muchas los Autores, è Interpretes, veluti: *Si quis cibaria, seu alimenta præstiterit, medicinas ministrauerit, ægrotum curauerit, litis æstimationem solueret, potiusquam, quod litigabatur traderet, si id vtilius fuit; debita, cuius res erat obligata, soluerit mercedes exactorum, creditorum saltuariorum in custodiendis fructibus, militum in tuenda arce refectio domus minanti ruinam emptio instrumentorum ad rem conficiendam, litis, proxenetarum, notariorum, gabellæ, impensa funeris, expensæ factæ in conseruatione rei, vel custodiæ, vel ne fieret deterior, vel in reparatione, neruat ædificare pro habitatione Coloni, qui aliàs fundum non coleret, expensa litis pro defensione rei, etiam quod expendens succumbat iniustè modo calumniosa non esset lis, cultura agri, & conseruationis fructuum, propaginatio vitiũ, solutio æris alieni.*

52 ¶ Esto es quanto hemos podido juntar en razon de expensas necessarias, y que se reputan por tales, viendo los Autores siguientes, Cartar. *decis. 72. num. 4.* Roland. à Valle *cons. 28. lib. 1 num. 12, & seq. Glos.* Bart. *in l. si necessarias, ff. de pignorat. action.* Boer. *decis. 44. num. 9.* Ioan. Bræcheus *in l. impensæ 79. ff. de verb. signif. num. 5. & seq.* vbi Cepolus *num. 3.* Natta *cons. 536. num. 9. & seq.* Seraphin. *decis. 898. nu. 5. & 6.* Intrigliol. *de substitut. centur. 3. quæst. 74. nu. 91. & seq.* Petra *de fideicommiss. quæst. 15. num. 229. circa finem* vers. *Et quod, num. 238. circa medium, & n. 240. & 245. vsque ad 255.* Bursat. *cons. 295. num. 42. & sequent.* Surd. *de aliment. tit. 6. quæst. 6. nu. 16.* & latè Simon de Prætis *interpret. 3. dub. 1. solut. 5. lib. 3. nu. 5. fol. 358.* Fussar. *de fideicommiss. q. 669. & quæst. 670. num. 1. vsque in fine:* vbi plura exẽpla refert, sicuti & Carroc. *de locat. part. 4. de expẽsis,*

*ſis,num.*5.Peregrin.*de fideicommiſſ.art.*50.*nu.* 1. *& ſeq. & num.9.& ſeq.* 17.21.*& ſeq.*vbi declarat multipliciter conſiderari poſſe expenſas eſſe neceſſarias, *& num.7. & ſequentib.*refert plura exẽpla huius generis melioramentorum,ſicuti & Roſental.*de feudis,cap.*10.*concluſ.*43.*nu.* 95.& Barboſ.*dict.l.diuortio,§.final.ff.ſolut.matrim.num.* 31.Surd.*de aliment.tit.*6.*quæſt.*16.*& tit.* 8. *priuileg.*62.*num.*11.*& ſeq.* Fed.Scot.*conſ.*8.*tom.*2. *lib.*1.*num.*10.*& ſeq.*Roland.à Valle *conſ.* 28. *refectio.lib.*1.*num.*18.Amat.*reſolut.*3.*num.*56.Rota Recenſ.*part.*1.*deciſ.*6.*num.*1.*& ſequenti*, *& deciſ.7.num.*1.*& ſeq.*Seraphin. *deciſ.* 898. *num.* 5. *& 6.*

53 ¶ Y para proceder con la claridad, y diſtincion referida en quanto a las mejoras vtiles; aſſentamos: *Quod exempla vtilium melioramentorum erunt, ſi in feudo ruſtico plantata ſit vinea, oliuetum, pometum, arundinetum, vlmi ad maritandas vites, vel deficientibus vitibus aliæ ſint propaginatæ, ſi facta ſint foſſata longo tempore duratura, quibus excipiatur pluuialis, vt naſcens in vliginoſo fundo aqua, quod tamen diſtinguit.*Cæpol. *l.impenſæ*79.*ff.de verbor.ſignif.num.*4.*facere aliquid ad tutelam fundi, vel illum ad culturã reducere ſaxis, & lapidibus purgare tabernã addere, ſeruitutibus liberare, iura addere, erudire ſeruum, vel puerum, arte, vel ſcientia, aliqua animalia ad aliquod genus exercitij apta facere, ſoluere debita, quorum cauſa res erat obligata, vel in fundo vrbano conſtruere domum, ciſternam, piſtrinũ, torcular olearium, vel vinarium, aliquid facere pro illius tutela, vel conſeruatione, & ſimilia.* Ruin.*conſ.*135.viſo themate,*lib.*1.*tit.* 13. Negufant.*de pignor.membr.*4.*part.*5.*numer.* 11.*in fin.* Roland.à Valle *conſ.*28.*quoniam lib.* 1.*num.*21. *&* 23.Valaſc.*de iure emphit. quæſt.* 25. *num.* 15. Peregrin.*de fideicommiſ.art.*50.*num.*25. *& ſeq.* Seraphin.loquens de paſtinatione *deciſ.*898. *n.*4. Pacific.*de Saluian.int eodict.inſpection.* 2. *cap.*2.

num.

*num.*189. *& seq.*Roland.â Valle *conf.*28. *quoniã lib.*1.*num.*26. *& seq.*qui loquitur de melioramentis factis in fundo rustico,& vrbano, Menoch. *de arbitrar. iudic. casu* 258. Celsus *num.* 23. *& seq.* verf. *Ita quoque*, Florian. de S. Petro *conf.*1.*nu.*8. *& seqq.* Licet vellit plantare vites, & vlmos, non censeri inter melioramenta reficienda, secus in domo columbrario. Boer. *decis.*44.*n.*9.

54 ¶ Reconocese de las que en este pleyto se mencionan, que algunas parecen necessarias, y precissas, como assentauamos, y en ellas a no hallarnos con las limitaciones, y calidades que dexamos ponderadas, nô se pudiera dudar que a Baltasar Tubi, quamuis esset malæ fidei possessor, competia la repeticion, la qual perdiô por las particularidades que apuntauamos.

55 ¶ Pero casô que se le pudieramos hazer buenas para conocimiento, y distincion de quales se reputen vtiles, y quales necessarias si pudiesse auer duda, y ellas mismas con su inspeccion no manifestaran su naturaleza, se auia de recurrir a las declaraciones de los Alarifes, que es por donde la materia se ha de regular, iuxta doctrinam Florian de S. Petr. *conf.*1.*numer.*8. Felin. *cap. cum causa de re iudic. num.*28. relati â Thesaur. *decis.*251. *num.* 1. Petr. *de fideicommiss. quæst.*15. *num.* 293. *& seq.* Anton. Nigr. *de except. rei iudicatæ, dict. cap.* 8. §. 30. *n.*9. *& antea* §. 29.

56 ¶ Porque en lo regular siempre se ha de estar a lo que deponen: *Quia non simpliciter iurant de veritate dicenda, sed de testimonio ferendo eius, quod secundum artem credunt*: vt affirmat GilKen. *in l. comparationes, num.*7. *C. de fide instrum. & in l. iuris iurandi, num.*2. *C. de testibus*, Dom. Amaia *in l.*2. *C. de iure fisci, lib.* 10. *nu.* 26. & sic merito su juyzio, regula estas materias, *l. certi iuris* 7. *C. de iudic. quid enim obstaculi est homines, qui alicuius rei peritiam habent iudicare, l.*3. *C. fin. regund.* ibi: *Huiusmodi litigium terminetur, l. hac aditali, §. his illud, C. de secund. nupt.*

æsti-

æstimatione habita per eos, quos vtraque pars elegerit arbitros iudicaturos, Auth. de non alienand. §. quod autem, ibi: *Diffiniatur ab architectis*. Farinac. *de testibus, quæst*. 68. §. 2. *num*. 95. Thom. Sanchez *disp*. 113. Mascard *conclus*. 1169. *nu*. 21. Ossuald. ad Donell. *lib*. 25. *cap*. 14. *lit*. *B*. Dom. Amaya vbi supra.

57 ¶ Y ajustando las de este pleyto, que puedē vsurpar el nombre de necessarias, hallamos que segun su naturaleza quando se hallara libre de nueuos discursos, solo importan 6ʊ. y tantos reales, y que las demas que ad libitum quisieron hazerse, mudando, ô aumentando el edificio, ô para dezir mejor, con animo fraudulento, y dolo conocido de imposibilitar a Baltasar Tubi, solo pueden imputarse por vtiles.

58 ¶ Por las quales minimè se puede cōceder, ni el beneficio de retencion, ni menos la accion para proponerlas a Francisco Poreto contra Baltasar Tubi, quod probatur. Lo primero, porque (omitiendo la question de si el precio de estas se ha de entender, considerando su valor al tiempo que se hizieron, ò en el de la paga, y satisfacion, punto bien controvertido, porque por la *l. domus, ff. de legat*. 1. que vnos quisieron enmendar, y otros consideraron defectuosa, vt videre est apud Anton. Augustin. *emmendation. lib*. 3. *cap*. 1. Simon de Prætis *de interpretation. vltim. volunt. lib*. 3. *interpret*. 3. *dubit*. 5. *solut*. 5. *numer*. 17. vers. *Secundo*, Menoch. *de recup. possess. remed*. 15. *à num*. 518. & ante eos Castrens. *in dict. l. domus*, *num*. 4. cum alijs, qui omnes tempus meliorationis prospexerunt.

59 ¶ Alij, & penè innumerabiles, atendieron al tiempo de la restitucion de la cosa, & nostro videri satis iuridicè (*quia ad eum ad quem res meliorata deuenit, seu restituitur, nihil præterea deuenit, quam quod tempore restitutionis rei appareret soluendum, & si fortè maior quantitas fuit erogata, adscribenda est infortunio meliorantis, qui inte-*

interim erat, rei melioratæ, vel melioramentorum Dominus, & cuius periculo decreuit, l. quæ fortuitis, C. de pignorat. action. huius sententię fuere Bart. Angel. Iass. Cuman. & Castrens. *in dict. l. domos, ff. de legat. 1.* Boer. *decis. 44. num. 10. & 12.* vers. *Si autem,* Rip. *in l. vbi pure, §. qui in distrahendis, ff. ad Trebelian. num. 4. in fin.* Ruin. *cons. 135. libr. 3. n. 13.* vers. *Hanc tamen*, Cagnolus *l. 2. C. de pact. inter emptorem, num. 175. in fin.* Cephal. *cons. 211.* Scrader. *de feud. 2. part. 9. part. sect. 2. nu. 102.* Boss. *tract. de princip. num. 31. in princip.* Gail. *obseruat. 121. lib. 2. num. 12.* Sim. de Præt. *libr. 3. interpret. 3. dubit. 1. solut. 5. num. 13. circa finem*, vers. *Alij, & quarto, & nu. 20.* vbi de communi Surd. *de aliment. tit. 6. quæst. 8. n. 185.* & ipse Menoch. *etiam cons. 64. num 18. & seq.* Natt. *cons. 13. n. 6. in fin. & 256. nu. 8.* Magon. *decis. Florentin. 49. num. 27.* Thesaur. *decis. 251. num. 2.* vbi plures refert, & ponderat textum *in dict. l. domos,* addentes ad Magon. *decis. 33. Lucensi, numer. 24.* Rosent. *de feud. cap. 10. conclus. 43. nu. 90.* Carrosio *de locat. §. melioramentorum, num. 22.* Valasc. *de iur. emphyteutic. quæst. 25. num. 28.* versic. *Cæterum in melioramentis*, vbi alios consentientes refert, & testatur de communi Molin. *de contractib. disp. 463. num. 17.* Amat. & ab eo relati *dict. resolut. 14. num. 63.* Marescot. *resolut. 113. lib. 2. nu. 4.* Ioan. Gutierr. *lib. 2. practicar. quæst. 68. num. 18.* Ant. Nigr. *de except. rei iudicat. dict. cap. 8. §. 30. à n. 1.* Por parecernos ociosa en el caso presente.)

60 ¶ El repetir semejantes gastos, ni mejoras, no se concede al posseedor de mala fee, vt sūt satis notoria iura *in l. adeo, §. ex diuerso, ff. de acquirend. rer. domin. l. fin. §. emptor, C. commun. de legat. §. ex diuers. Inst. de rer. diuis. l. 44. tit. 28. part. 3.* & tenent vltra repetentes in dictis iuribus omnes Authores supra à nobis relati, & congesti à Peregrin. *art. 50.* Amat. *dict. resolut. 14.* Ant. Nigr. *dict. cap. 8.* Y por ser esta conclusion indisputable no nos detenemos en ella.

61 ¶ Solo resta ajustar, que Francisco Poreto lo fuesse al tiempo que hizo estos gastos, y mejoras, y ajustados los autos, y disppsicion de derecho, parece indubitable, por los medios siguientes.

62 ¶ El primero, porque aun antes de la demanda de reivindicacion, que destas casas puso Tubi a Poreto, y Laguna, se auia seguido pleyto executiuo entre este, y Tubi, sobre el alquile de las casas, y alli se auia ya gustado de la simulacion de aquel primero contracto, y sobre èl, aunque no auia parecido entonces la cedula de resguardo, se hizieron prouanças, y como la via executiua no sufre semejantes excepciones, aunque saliò condenado Tubi: sus defensas, y prouanças tuvieron tan buen viso, que se le reservaron para via ordinaria, y esta reserva ya dexò precissamente escrupulosos a Laguna, y Poreto. Porque aunque en lo regular por ellas no se dá, ni quita derecho alguno, vt tradiderunt Bald. *in Authent. interdicimus, C. de sacrosanct. Eccles.* Franchis *decis.* 437. *in fine*, Cephalo *cons.* 441. *num.* 99. *volum.* 3. Crauet. *cons.* 144. *num.* 15. & alij relati à Noguerol *allegat.* 25. *num.* 142.

63 ¶ Attamen se insinua, y acredita el reseruado, vt infertur *ex l. libera* 4. & ibi gloss. Bart. Aluetic. Bald. Salic. & Castrens. *C. de sententijs, & interlocut. omnium iudic. gloss.* 2. *in fine, in leg. eleganter* 24. *in princ. ff. de pig. act.* & ibidem repetentes Cæpola *cautela* 123. Castill. *de coniect. vltim. volunt. cap.* 59. *n.* 54. Surd. Merlin. Seraphin. Thesaur. & alij relati à Ciriac. *controu.* 500. *n.* 30.

64 ¶ El segundo, y que califica el primero, resulta de la misma escritura de venta, que Laguna otorgò a fauor de Poreto, en que vno, y otro con silencio retorico estan explicando su rezelo (*testis quidem mutus, sed omnibus vocem habentibus euidentior*) pues Poreto se assegura, conque Laguna se obligue a que le pagarâ todos los gastos, y mejoras vtiles, ò necessarias, ô voluntarias q̃ hi-

hiziere en la dicha casa, y todos los daños, y costas que se le siguieren, y si estos, comprador, y vendedor no temieran que Tubi tenia tan buen derecho, claro està que no necessitauan de clausula desta calidad, pues lo regular en semejantes contractos, solo es poner vna clausula de euiccion llana, y el ser esta insolita arguye fraude conocido, vti notat gloss. *in l. si quis sub conditione, ff. de condition. institution.* vbi Bald. *num.* 4. idem, *in l. emptione, in præfact.* vers. *Quid si instrumento, C. plus valere, quod agitur, & in l. testamentum, nu.* 3. *C. de testam.* Tiraquel. *de retract. conuention. in præfact. n.* 18. *&* 32. Euerard. *in loco ab vsitato, num.* 6. Corset. *singul.* verb. *conductos*, Gerard. *singul.* 77. Caballin. *Milleloq.* 490. Giurb. *cons.* 54. *num.* 14. D. Valenç. *cons.* 69. *n.* 196.

65 ¶ Destas circunstancias se arguye poca seguridad en la opinion, y conciencia de vnos, y otros, y verdadera desconfiança. Discurso que merecia mas tiempo, y en que lo gastaramos a necessitar de apurarlo por la variedad de respuestas de q̃ los Consultos han vsado, y los autores han discurrido, *l. & generaliter* 28. *ff. de noxalib. action. l. bonæ fidei* 109. *ff. de verbor. significat. l. Prætoris* 5. *l. si finita* 15. *§. Iulian⁹, & §. sed in vectigali prædio, ff. de damn. infect. l. qui fundum* 7. *§. qui bona fide, in fin. ff. pro empt. l. per procuratorem* 8. *C. de adquir. possess.* Schifordeguerus *ad Ant. Fabrum lib.* 3. *tract.* 22. *quæst.* 7. Cuiac. *lib.* 6. *quæst. African. in dict. l. generaliter* 28. *ff. de noxalib. actionibus.*

66 ¶ Pero nos hallamos en lo regular de vna demanda de reiuindicacion, puesta de estas casas en virtud de la reserua à Poreto, y Laguna; por la qual se constituyò en mala fee, *l. sin autem, §. in repetita, ff. de rei uindic.* vbi notabilis glos. in verb. *contestatam*: Cum qua tracierunt Bart. Alueric. & alij, *in l. sed si lege, §. si ante litem, ff. de petition. heredit. l.* 2. vbi Bald. *C. de fructib. & litium expensis*, Bart. ibidem, *num.* 5. Salicet. *num.* 6. Garcia *de*

expens.

*expenſ.cap.*23.*num.*14. *& cap.*6. *num.* 8. Alvar. Valaſc.*quæſt.*25.*num.* 4. Magonio *deciſ. Lucenſ.* 81.*num.*25.Ant.de Amato,& ab eo relati *dict. reſolut.*14.*num.*15.

67 ¶ Y aunque algunos Autores tentaron, que de ſemejante litiſconteſtacion, demanda, ò principio de pleyto, no reſultaſſe omnino mala fee, ſi no ſe preſentaua con ella inſtrumẽto, ô recaudo, que cõtuvieſſe mas fuerça que el miſmo libelo, vti fuere Felin. *in cap. illud, num.* 10. *de præſcript.* Bald. Garc.& alij quos refert Amat. *dict. reſol.* 14. *num.*15.

68 ¶ La opinion contraria inconcuſamente ſe practica, obſerua, y eſtila, y tiene por ſi los principios mas ſeguros de derecho, *l. ſin autem*, §. *in repetita, ff. de rei iuindicat.* vbi notabilis Gloſſ. in verb. *conteſtatam, in qua aſſeritur, quod poſt litem conteſtatam poſſeſſor in tantum conſtituitur in malam fidem, vt prædo reſultet, & æqualiter cum prædone reputatur:* cum qua gloſſ. tranſierunt Bart. Alber.& alij *in l. ſed ſi lege,* §. *ſi ante litem, ff. de petit. heredit. l.*2. vbi Bald. *C. de fructib. & litiũ expenſ.* Bart. *num.*5. Salicet. *nu.*6. Garc. *de expenſ. cap.*23. *num.*14.

69 ¶ Y aunque Iuan Garcia parece que ſe inclinò a que era meneſter, que con el libelo ſe preſentaſſen inſtrumentos que pudieſſen conſtituir verdaderamente en mala fee al poſſeedor, porque no baſta, que el que pone la demanda, crea que el fundo reiuindicado es ſuyo, ſi el que lo eſtà poſſeyẽdo no aſsiente ſu opinion, non enim teneor (ait ipſemet Garcia *cap.*23.*num.*14.) *neque debeo protinus intelligere fundum, quem bona fide poſsideo ad te pertinere, quod illum in iudicio petas, mea enim opinio non tua expectanda eſt, ideo edere ſe oportet documenta, vt deliberem, an reſtituere debeam, aliter certè bona fides mea durat, quam verè non tollit litis conteſtatio, cum in facto non in iure conſiſtat, conſtat ergo duplicem eſſe malam fidem, verã, quæ in conſcientia conſiſtit, fictam, quæ in iure poſita eſt,*

est, hoc est, in petitione, & denuntiatione rectè facta, scilicet, exhibitis documentis, quibus rem ad te pertinere, me cum ipse diiudicare possim.

70 ¶ Y trato de conciliar a Iulian y Vlpian. ille *in l. qui scit, ff. de vsur.* hic *in l. qui bona fide, de adquir. rer. domin.* confessando la dificultad que entre si tienen estos textos, no es possible detenernos con èl en este discurso, por hallar, como hallamos, principios de derecho, que en nuestro corto sentir absueluen la duda, nam vt in distinctè ait Vlpian. *in l. sed si lege, §. si ante litem contestatam, ff. de petit. heredit.* qualquiera reo demandado, post controuersiam motam malæ fidei possessor est; *si ante litis contestatam* (ait ille) *fecerint hoc ideo adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, quinimo post cõtrouersiam motam, quamquam enim litis contestatæ mentio in Senatus Consulto, tamen, & post motam cõtrouersiam omnes possessores pares fiunt, & quasi prædones tenentur, & hoc iure hodie vtimur. Cæpit enim scire rem ad se non pertinentem possidere, se is, qui interpellatur. Qui verò prædo est, & ante litem contestatam doli nomine tenebitur, hic est enim dolus præteritus.*

71 ¶ No quiso Vlpian. que se presentassen papeles, que se hiziessen prouanças, ni que se justificasse la accion; que se mouiesse la controuersia, que se interpelasse, ô que se pusiesse la demanda, tuvo por bastante, para constituir en mala fe a el possedor.

72 ¶ Y parece que el mismo Vlpian. insinuò este propio sentir *in l. ait prætor, §. si quis particeps, ff. quæ in fraudem credit.* Y que esta misma sentencia se infiere de los textos capitales, *in l. certum, & in l. si fundum, C. de rei uindicat.*

73 ¶ Ademas, que en la cortedad de nuestro juyzio se conuence la opinion de Iuan Garcia, si acertamos a interpretar vnas ll. de partida. Porque si se han de presentar papeles, ô instrumentos, q̃ justifiquen omninò, la pretension del reiuindicante;

te;esto no es constituir en mala fee solum, si no convencer de todo punto la injusticia conque de tenta, y aqui no falta mas que la condenacion, quando el demandado reconoce q̃ no tiene defensa, ni que responder; at verò quando por la oblacion del libelo; justamente comiença à temer si le pertenece; ò no: tunc introducta est mala fides, y assi para tenerla, bastò que fuera demandado. Con esta distincion virtualmente se explicò la *l.42.tit.28.part.3.* Y lo mismo se infiere de la *l.44.eiusdem tituli, & part.*

74 ¶ Y es celebre para el intento; y que parece dexa indisputable la question la sentencia del mismo Vlpian. *in l.item veniunt, §. petitam, ff.de hereditatis petit.* ibi: *Petitam autem hereditatem, &c. id est, ex quo quis scit à se peti: Nam ubi scit, incipit esse malæ fidei possessor, id est, cum primum, aut denuntiatum est.*

75 ¶ Si no es que para mejor distincion sigamos a Bald. con la que hizo *in l. mala fide, C. de condit. ex leg. num.* 3. seguido por el mismo Iuan Garcia *cap.1. numer.* 13. Y por Leotard. *de vsuris, quæst.95. nu.*19. qui ait: *Triplicem constitui malæ fidei possessorem, improbum, improbiorem, & improbissimum*: quos exemplificat. Y digamos, que Francisco Poreto primigeneris fuit.

76 ¶ Pero nosotros (si nostra nos non fallit opinio) con las circunstancias que inciden en el negocio, aun antes de ser demandado Francisco Poreto, creemos que fue posseedor de mala fee, porq̃ aunque se diga con la *l.1.§. Iulian. scribit, ff. de itinere actuque priuato*, que no basta la ciencia, ô opinion en el Actor, si no se dà en el reo demandado; *non enim opinio tua, sed mea quærenda est*, es cierto, que esta mala fee resulta, y se deue presumir, y mensurar, segun las circunstancias del hecho, ex sententia Pauli *in l. bonæ fidei, ff. de adquir. rer. domin.* ibi: *Hoc enim ad ius, id est. ad vsucapionem, illud ad factum pertinere, vt quis bona, aut mala fide possideat.*

77 ¶ Y assi, sin que huviesse interuenido li-

litiſconteſtacion, quiſo Vlpian. *in reſponſ. proximè relato in dict. §. petitam*, que ſe pudieſſe conſiderar poſſeedor de mala fee, aquel que tenia noticia q̃ la coſa podia no pertenecerle; *quid ergo, ait: Si ſcit quidem nemo autem ei denuntiauit, an incipiat vſuras debere pecuniæ redactæ? Et puto debere, cæpit enim malæ fidei poſſeſſor eſſe.*

78 ¶ No pudo ignorar Franciſco Poreto, pues ſe le hizo notorio al miſmo tiempo de la venta de eſtas miſmas caſas, el pleyto tan reñido q̃ Baltaſar Tubi auia tenido con la muger, y hijos de Laguna, lo bien que auian parecido ſus defenſas, pues por no ſufrirlas la via executiua ſe le auian reſeruado, para que las intentaſſe en juyzio ordinario; manifeſtô eſte rezelo, y deſconfiança, preuiniẽdoſe, con que los vendedores afiançaſſen el cõtrato cõ clauſulas extraordinarias, conq̃ no ſe puede dudar, que ſe hallô con la conciencia leſſa, y que es de el caſo el text. *in dict. l. ait prætor, §. ſi quis particeps, ff. quæ in fradem credit.* ibi: *Si quis particeps quidem fraudis non fuit, verumtamen vendente debitore teſtato conuentus conuentus eſt à creditoribus, ne emeret: an in factum actione teneatur ſi comparauerit? Et magis eſt, vt teneri debeat. Nõ enim caret fraude, qui cõuẽtus teſtato, perſeuerat! Aliàs autem, qui ſcit aliquem ereditores habere: ſi cum eo contrahat ſimpliciter ſine fraudis conſcientia, non videtur hac actione teneri.* Elegans etiam eſt ſentia *Pauli in l. ſi quis inficiatus, ff. depoſiti*, ibi: *Poſtea autem ſi cognouerit, cum eo agi poterit: quoniã nunc incipit dolo malo facere, ſi reddere eam non vult.*

79 ¶ Y aſsi conciliando los textos *in dict. l. qui ſcit, ff. de vſuris, & in l. qui bona fide, de adquir. rer. domin.* nos confieſſa Iuan Garcia *in dict. cap. 23. num. 16.* verſ. *Diximus*, que puede reſultar la mala fee ſin litiſconteſtacion; lo qual nos baſtaua en el caſo preſente, audiat authoritas veſtra eiuſdem authoritatem: *Diximus poſſe ſuboriri malam fidem, nulla prauia aduerſarij ad monitione,*

aut compellatione, petitione, nuntiationeue, quoniam interno iudicio tecum ipse cognoueris rem ad te non pertinere, sed alienam esse, tunc quidem ius, quod semper certũ est, rectè constituit, vt fructus nõ facias tuos eius rei, quam alienam esse confiteris, in hoc argumento versatur Vlpian. in dict. l. qui bona fide, qui ad primum momentum superuenientis malæ fidei restitutionem fructuum restringit, & recte. Iubetque singula momenta spectari: Iulianus autem loquitur in mala fide in ducta per denuntiationem, & petitionem, litisue contestationem in iudicio, quæ duo, vt proximè dicebam, longe, latèque differunt, isti enim actus ciuiles sunt, vtque effectus malæ fidei inducant, necessum est, vt lexitimè fiant, aliàs cum fictè malas fides censeãtur, si non fiant secundum iuris dispositionem malam fidem, nunquam efficient, quia mala fides factum non ius continet (vt diximus.)

80 ¶ Como si vnicamente nos valieramos deste medio de la contestacion, para constituir en mala fee a Francisco Poreto; hemos dexado correr la pluma, sed in rei veritate, nos hallamos tã libres del escrupulo, que puede resultar de la cõtroversa referida, que ex alio irrefragabili fundamento, obrò con mala fee, y en manera alguna puede repetir las expensas vtiles, atendiendo, a que al tiempo, y quando Baltasar Tubi puso la demanda de reiuindicaciõ, dixo en ella misma por vn otro si: *Que a su noticia era venido, que el susodicho trataua de fabricar en las dichas casas mudar su obra, y edificar de nueuo, con animo de impossibilitarle, y tener titulo despues para retenerlas, y que assi se le mandasse no labrasse.* Y el Iuez lo proueyò assi, y se le notificò luego incontinenti.

81 ¶ Y despues de auer passado mucho tiempo sin alegar cosa alguna, presentô Poreto peticion (que es su mayor conuencimiento) en que dixo: *Que no se le podia estoruar, que hiziesse las obras, y reparos necessarios*; con la qual se le diô licẽcia, para que solo estas hiziesse con cuenta, y razon, como dexamos referido.

De

82 ¶ De lo qual nostro videri, resulta la mayor, y mas segura exclusion de su intento. Porq̃ de qualquiera forma que se le denunciasse judicial, ò extrajudicialmente, que no hiziesse las dichas obras, gastos, y reparos; passando a hazerlos, se priuò de poder repetirlos, *vt est textus expressus in l. aut si ante denunciationem, ff. de reiuindicat. l. ex duobus 27. ff. de negotijs gest. textus capitalis in l. final, C. eodem, l. si pro te, ff. mandati*, quam conclusionem absque contradictore, que ayamos visto, tenent Florian. de Sancto Petro *cons. 1. num. 12.* Salicet. *in l. domum, C. de reiuind. num.* 10. vers. *Secundo casu.* Cino, & cæteri repetentes *in dict. l. final, C. de negotijs gestis.* Castrens. *cons. 248.* el qual concluye: *Facientem expensas vltra promissionẽ non repetere, quæ erogauit vltra sibi datam licentiam erogandi, sed cedere in vtilitatẽ eius, qui prohibuerat.* Natta *cons. 303. num. 4.* Corset. in suis singul. *§. expensa, gloss. 1. num. 1.* Tuscus *conclus. 180. melioramenta, num. 12. & 49.* Pacific. *de Saluian. interdict. inspect. 2. cap. 2. nu. 234.* Scrader. *de fœudis, 2. part. & 9. sect. 2. num. 65.* Rebel. *de obligat. iustitiæ, lib. 7. quæst. 7. nu. 8.* Gracian. latè *discept. 192. num. 11. & sequent.* Amat. *resolut. 44. nu. 3. circa medium.* Nigro *dict. cap. 8. §. 42.*

83 ¶ Demas de esta razon fundamental, tiene Baltasar Tubi otras tres no menos juridicas, y seguras, para repeler de su intento a Francisco Poreto. La primera, auerse hecho estas mejoras despues de auer contestado el juyzio, y pendiente el pleyto, quo in casu minimè repetuntur, ita firmat Alueric. loquens de meliorante fundum rusticum, vel Vrbanum pendente iudicio, vel termino retractus genti litijs *in l. intra vtile, §. vendentib. ff. de minorib.* quem sequitur Boer. *decis. 44. nu. 8.* addendo, *siuè prohibitio, siue denuntiatio sit iudicialis, vel extra iudicialis; & siue melioramenta sint vtilia, siuè necessaria,* Valasc. *de iur. Emphyt. quæst. 25. nu. 10.* Molin. *de contractib. disput. 463. num. 5.* vers. *Licet.* Rebel. *de obligat. iust. dict. libr.*

7.*quæst.7.num.*8.& quam plurimi relati,& secuti ab Amat.*dict.resolut.*14.*à num.*1. *cum sequentib.*quos omnes nobis tradidit Nigro *dict.cap.*8.§.42.*à num.*8.

84 ¶ La segunda, porque estas mejoras, y reparos vtiles, como dellos, y del pleyto, y diligencias consta, se hizieron con tenacidad; y porfia, ad æmulationem, & ad consecutionem rei impediēdam, quo etiam in casu amitti debent, ita tenent idem Valasc.*de iur.Emphyt.dict.quæst.*25.*nu.*9. quem sequitur Molin.*dict.disput.*463.*nu.*5. Rosental *de fœudis, cap.*10.*conclus.*43.*num.*83. Scrader.*de fœud.2.part.9.partis, sect.*2.*nu.*64. Amat. *dict.resolut.*14.*num.*6. vers. *Secus si iure contractus.*Nigro *dict.cap.*8.§.42.*n.*18.

85 ¶ La tercera, & magni momenti, resulta de auer hecho Francisco Poreto mejoras tan excessiuas, como pretende en estas casas de Baltasar Tubi, siēdo èl sumamente pobre, como de todo el pleyto consta, pues en êl ha litigado con el priuilegio de serlo de solemnidad; y assi no se le concede, segun disposicion de derecho de retencion; ita disponunt certissima iura, *in l.sin autem* 27.§.*fin. l.in fundo* 38.*ff.de rei uindicat.l.*3.§.*per inde, ff.de in rem verso, l.*41.*tit.*28.*part.*3.vers. *Mas si por auentura*, Bald.*cons.*116. & 303.*libr.*1. & *cons.*372.*lib.*3.Benincas.*tractat.de pauperibus, quæst.*4.*num.*19.Molin.*de contract.disput.*463.*nu.*16. Tiraq.*de retractu conuent.*§.7.*gloss.*1.*num.*5.Barbos.*l.diuort.*§.*fin.ff.solut.matrim.num.*75.100. & *seq.*Scrader.*de fœudis,2.part.*9.*partis, sect.*2.*num.*86.

86 ¶ Infierese de lo discurrido hasta aqui, recopilando lo que en las dos pretensiones que intenta Francisco Poreto, no parece que puede obtener contra Baltasar Tubi, pues si quiere repetir las expensas necessarias que se conceden, cuilibet possessori malæ, vel bonæ fidei, se priuò el mismo de ellas, mediante auerlas hecho despues de denunciado, sin que las huviesse de hazer Baltasar Tubi, que ne-

necessitassen las casas dellas, ni auer guardado la formula, y calidades del auto, que le permitiò las hiziesse, conque nuestra pretension se reduze en quãto a esto, à que la sentencia de vista se enmiende, ò que por lo menos se reduzga à la tassacion hecha por los albañiles de estas mejoras, y reparos necessarios.

87 ¶ Y si quiere repetir las vtiles (quando muchas dellas no fuessen voluntarias tantum, como son los balcones, el alhiue, y otras semejantes) se halla conuencido, y sin disposicion de derecho q̃ le assista, antes, si, restituyendole todas, vt latè fundauimus, por auerlas hecho con mala fee, noticiado de el pleyto que tuvo con los hijos de Laguna, manifestando, que no compraua con segura confiança en las clausulas de la escritura de venta, demandado por Baltasar Tubi; contestada la demanda, y juyzio; denunciado, para que no hiziesse estas obras, y reparos, allanadose èl por peticion, a què solo queria hazer los necessarios; determinado por el Iuez, que solo hiziesse estos con cuẽta, y razon, quibus omnibus ad stantibus hallamos desesperada su pretension.

88 ¶ Pero sin embargo, què no la puedẽ, ni deuen negar los Abogados de Poreto, y Laguna, tratan de extrauiarla, ò limitarla con dos razones muy flacas, y insubstanciales. La primera con assentar, que al tiempo, y quando fue requerido, demandado, ò denunciado, Francisco Poreto tenia ya comprados materiales, y auia començado a labrar, con què res non erat integra, ni se le puede imputar mala fee, ni priuarle de la repeticion: argum. text. *in l. si pecuniã, §. si seruum*, vers. *Item si quis, ff. de condition. caus. dat.* Bart. *in l. ait prætor, §. si quis particeps, ff. quæ in fraud. credit.* Valasc. *de iur. emphyt. dict. quæst. 25. num. 10. in fin.* Gratian. *disceptat. 193. numer. 15.* Nigr. *dict. cap. 8. §. 46. num. 10.*

89 ¶ Y aunque a esta limitacion pudieramos responder difussamente con los mismos Autores,

tores, de quien se infiere, que solo corre en las mejoras, y gastos precissos por el riesgo. Es ocioso, porq̃ el discurso lo hazen los Abogados a medida del deseo, sin que de todo el pleyto se insinue, que Francisco Poreto al tiempo que fue denunciado huviesse començado a labrar, ni comprado materiales, antes, si, lo contrario, pues mucho tiempo despues presentô peticion pidiendo, que se le diesse licencia para hazer los reparos, de que la casa necessitaua; y se hizieron las vistas de ojos. Y proueyò auto, concediendole licencia para que las hiziesse con las calidades que se ha referido.

90 ¶ La segunda es, acogerse a la que llaman equidad; buena razon, y epiqueya, de que no fuera justo que Baltasar Tubi con detrimento ageno se lleue semejantes vtilidades, secundum vulgaria iura *in l. naturaliter, §. vltimo, ff. de condit. indebiti, l. 3. §. pupillus, ff. de neg. gest. l. 3. in princ. ff. commodati, l. 1. §. enim pupillum, ff. depositi, l. furiosus, de oblig. & act.* & ex varijs iurib. & authoritatibus Dom. Larrea *alleg.* 35. *n.* 18.

91 ¶ Y antes de entrar en la respuesta de esta segunda instancia, es necessario presuponer, q̃ hasta aora no ha prouado Francisco Poreto, como se reparô muy bien en la Sala, que estas casas rindã, ni fructifiquen mas alquileres; despues que se dize auerse hecho estos reparos, ò mejoras, que las que rentauan, ô ganauan antes.

92 ¶ Y respondiendo al punto de la presente equidad, nos pudieramos quexar con Anto. Fabr. *de error. pracmat. in epistola dedicat.* diziendo, que no ay cosa mas acomodada para los errores, que con el pretexto de equidad querer destruir la disposicion de derecho expressa. Y assi dixo muy bien con su elegancia Deckerio en el *lib. 2. dissert. 8. in fin.* Y primero en la *dissertat. 1. sub num.* 30. Y Paul. de Castr. *in Rubric. de iust. & iur. num.* 9. a quien junto Stephan. Nathen. *de iust. vulnerat. tit. 5. cap.* 1. tomando lo de Bald. *cons. 9. num. 3. lib.* 1. que ficta æquitas est duplex iniquitas.

De

93 ❡ De aqui tomò assumpto in simili cà su Cicer. in oration. pro Cecin. para exclamar contra otro Abogado; que en fuerça de equidad queria confundir disposiciones de derecho claras; y induuitables. *Atque illud* (inquit) *in tota defensione tua mihi maximè mirum videbatur; te dicere Iurisconsultorum authoritati obtemperari non oportere, quod ego tametsi non nunc primum, nec in hac causa solùm audio, tamen admodum mirabar abs te, quam ob rem diceretur, nam cæteri tum ad istam hortationem decurrunt, cum se in causa putant habere æquum, & bonum; quod defendant, si contra verbis, & literis; & vt dici solet, summo iure contenditur, solent eiusmodi iniquitati, & æqui, & boni nomen, dignitatemque opponere. Tum illud, quod dicitur, sic veniat irrident. Tum aucupio verborum, & literarum tendiculas in inuidiam vocant. Tum vociferantur ex æquo, & bono, non ex calido, versutoque iure rem iudicare oportere, scriptum sequi calumniatoris esse, bonique iudicis voluntatem scriptoris authoritateque defendere.*

94 ❡ Et paulo post (in quit) *Nam qui ius ciuile contemnendum putat, is, vincula reuellit non modo iudiciorum, sed etiam vtilitatis vitæque communis, qui autem interpretes iuris vituperat, si imperitos iuris esse dicit, de hominibus, non de iure ciuili detrahit, sin peritis non putat esse obtemperandum non homines lædit, sed leges, ac iura labe factat, quod vobis venire in mentem profectò necesse est: nihil esse in ciuitate tam diligenter, quã ius ciuile retinendum, & cum hoc sublato, nihil est quare exploratum cuiquam possit esse quid suum, quid alienum sit, nihil est, quod æquabile inter omnes, atque vnum omnibus esse possit.*

95 ❡ Pero dexando estos sentimientos, y discurriendo mas en lo indiuidual, no sabemos por que camino se intenta contra tantas, y tan repetidas decisiones de todos derechos, ciuil, canonico, y del Reyno, que con preceptos negatiuos, y absolutos, priuan al posseedor de mala fee de semejan-

tes repeticiones, y recursos introduzir esta equidad, porque para que pudiera tener algun lugar, era necessario que cócurriessen dos cosas. La vna, que no huviesse ley, ô disposicion clara, y expressa, que le cerrasse la puerta, y negasse la entrada. Y la otra, q̃ de esta equidad no resultasse perjuyzio, ô daño a tercero, porque lo que Poreto quiere considerar, equidad para si viniera â ser iniquidad para Baltasar Tubi.

96 ¶ *Contra ius enim scriptum, nisi aquitas scripta non admittitur, l. placuit, C. de iudic. l. 1. C. de legib.* Bart. Castrens. & alij per Glossam *in dict. l. placat*, ex Fulgos. Cagnol. Dec. Mainc. & alij Morla *in emporio, tit. de legib. quæst.* 11. *num.* 7. Dom. Larrea *allegat.* 43. *nu.* 20. vers. *Præterea, quod traditur de æquitate.*

97 ¶ Y de qualquiera forma que se quisiere considerar, no auiendo equidad escrita, la mayor equidad es seguir lo dispuesto por derecho, vt ait Monter à Cueva *decis.* 8. *num.* 8. & Zasius *in l. iuri operam daturus, ff. de iustit. & iur. num.* 32. Nathen. vbi supra *num.* 2.

98 ¶ Hallamos, pues, expressamente dispuesto por derecho, que el posseedor de mala fee no pueda retener por las mejoras vtiles el fundo, ô edificio, ni menos repetirlas: y esto con preceptos negatiuos, y contra ellos, y vna sentencia inconcussa, y indisputable quiere Poreto que aya equidad, y quiere que lo que quiso obrar con animo doloso para impossibilitar a Tubi en la reiuindicacion intentada, le aproueche aora para destruirlo contra preceptos naturales, y politicos, quando iura fauent deceptis non decipientibus, *l. si rem, §. omnis, ff. de pignoratit. action. l. 2. C. si minor se maior, l. 2. §. hoc enim, ff. ad vellei.* Y quando ex dolo, vel culpa sua nemo commodū reportare debet iuxta vulg. *in l. nemo ex ex dolo, ff. de dolo, cum vulg.*

100 ¶ Si se trocaran las manos, y Poreto reiuindicara estas casas, y Tubi denunciado, preuenido, y apercebido, con requerimiētos, y autos contra

tra su voluntad huviera hecho tales gastos. Quisiera Poreto ser obligado a vender estas mesmas casas, vnico patrimonio suyo para pagarle las mejoras, ò reparos? Pues si èl no quisiera esto para si, en manera alguna le permite el derecho que pueda intentarlo contra Tubi, porque la primera, y mas segura regla de la equidad es esta, Divus Hieronym. *Epistol. 11. cap. 4. quotiescumque talem in alterũ habueris animum, qualem in te ab altero seruari cupis, æquitatis viam tenes, quoties vero talis erga alterum fueris, qualem in te vis neminem, iter iustitiæ reliquisti.*

101 ¶ Resiste el derecho que el posseedor de mala fee pueda repetir estas mejoras, *l. adeo*, *§. ex diuers. ff. de adquir. rer. domin. §. ex diuerso, Instit. de rer. diuis. l. final, §. emptor, C. comm. de legat.* & alia iura à nobis supra relata Peregrin. *de fideicommis. art. 50. num. 29.* Barbos. *in l. diuortio, §. final, ff. solut. matrim. n. 68. & 77.*

102 ¶ Resiste el derecho, que pueda repetirlas, quando sunt facta in re, quę de pręsenti sit pauperis, vel pauperi restituenda, *l. sin autem 27. §. fin. l. in fundo 38. de rei uindicat. l. 3. §. per inde, ff. de in rem verso.* Cum adductis à nobis supra.

103 Resiste el derecho, que puedan repetirse, quando afectadamente quieren hazerse, vt deducitur ex regula *in l. spadonem, §. final, ff. de excusator.* & tradit Valasc. *de iur. emph. quæst. 25. n.* 10. versic. *Nam si ipse.* Ant. Nigr. *§. 8. capit. 42. num. 19.*

104 ¶ Resiste el derecho, que no puedan repetirse, si el demãdado no puede pagarlas, si no es vendiendo la misma casa mejorada, vt eleganter docet Barbos. *in l. diuortio, §. final, ff. solut. matrimon. num.* 101.

105 ¶ Y contra todas estas resistencias, y repugnancias, intenta Poreto aora muy de espacio, y Laguna que le acompaña, auiendo los dos obrado tan fraudulentamente, que Tubi venda sus casas para pagarle cantidades, en que ellos con mali-

cia conocida, quisierõ hazerse acreedores, y se quede desacomodado; esto no lo permite equidad, razon, ni derecho, ni a nosotros el gastar mas tiempo, a los señores Iuezes con papel tan dilatado: & sic concludimus, esperando que la sentencia de vista se reuoque en lo perjudizial, y confirme en lo fauorable. Et sic confidimus. Salua in omnibus V. D. C.

Doct. D. Francisco Ortiz.